GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 9 folio : 11 — 10/2/011 — 10H27

Crystal Cordell Paris

Le juste, le juge et l'arbitre dans la philosophie politique aristotélicienne

Dans cette communication, il s'agira d'analyser les notions de justice et d'équité chez Aristote, notamment à travers la distinction établie dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* entre la justice distributive, qui relève de l'égalité proportionnelle, et la justice corrective, qui relève de l'égalité arithmétique. Cette distinction conduit à distinguer entre justice *politique* et justice *légale*. On s'interrogera sur la spécificité du juste politique par rapport au juste légal en rapprochant des textes de la *Politique* et de l'*Éthique* et en examinant les figures du juge et de l'arbitre chez Aristote à la lumière des débats contemporains sur l'équité dans le jugement.

Considérations sur la notion de justice dans la *Politique*

En guise d'introduction, lisons deux passages tirés du premier livre de la *Politique* d'Aristote :

> « Certes la voix [*phônè*] est le signe du douloureux et de l'agréable, aussi la rencontre-t-on chez les animaux ; leur nature, en effet, est parvenue jusqu'au point d'éprouver la sensation du douloureux et de l'agréable et de les signifier mutuellement. Mais le langage [*logos*] existe en vue de manifester l'avantageux et le nuisible, et par suite aussi le **juste** et l'injuste [*to* ***dikaion*** *kai to adikon*]. Il n'y a en effet qu'une chose qui soit propre aux hommes par rapport aux autres animaux : le fait que seuls ils aient la perception du bien, du mal, du juste, de l'injuste et des autres {notions de ce genre}. Or avoir de telles {notions} en commun c'est ce qui fait une famille et une cité ».
> « De même qu'un homme accompli est le meilleur des animaux, de même aussi quand il a rompu avec loi [*nomos*] et **justice** [***dikè***] est-il le pire de tous »[1].

1. Aristote, *Les politiques* (ci-après *Pol.*) I, 2, trad. par P. Pellegrin, Flammarion, 1993, p. 91-92.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 10 folio : 12 — 10/2/011 — 10H27

Ces passages doivent attirer notre attention, d'une part parce qu'ils contiennent les premières références au « juste » dans la *Politique* ; d'autre part, parce qu'ils fournissent des éléments de définition de la notion de « justice », notion qui nous intéresse particulièrement ici. On notera d'emblée l'utilisation de deux vocables différents – *to* ***dikaion*** ; *hè* ***dikè*** – pour signifier cette notion dans les passages cités ci-dessus. Dans le premier passage, Aristote considère le juste comme une des qualités, avec l'avantageux et le bien et leurs contraires, que seul l'être humain est capable de percevoir. C'est grâce au *logos* que l'homme peut « manifester » ou exprimer ce qu'il considère comme juste et injuste – grâce au *langage*, comme le terme est traduit ici, mais il faut entendre un langage qui présuppose et permet d'exprimer la *rationalité* spécifiquement humaine. Dans son style typiquement elliptique (les textes aristotéliciens qui nous ont été transmis sont vraisemblablement des notes de cours), Aristote présente ensuite un argument fondamental : il suggère que la perception « en commun » de l'avantageux, du juste, du bien et de leurs contraires constitue une famille ou une maisonnée et une cité. D'ailleurs la formule qu'emploie Aristote ici est frappante : il dit très précisément que « la communauté [*koinônia*] de ces choses-là [sous-entendu : la perception de l'avantageux et du nuisible etc.] fait une famille et une cité ». Il introduit par là une notion fondatrice de la philosophie politique, à savoir la notion de communauté ou de commun. Ce que doit avoir en commun une véritable communauté politique (qui est essentiellement différente d'une famille, car une cité est composée d'hommes « libres et égaux »), ce sont donc des perceptions ou des opinions concernant le juste.

Selon la formule lapidaire qui clôt le chapitre 2 du livre I de la *Politique*, la justice est une « chose politique » : *hè dè* ***dikaiosynè*** *politikon*. Il s'agit du troisième vocable employé pour parler du « juste » ou de la « justice ». Certains traducteurs[2] traduisent *dikaiosynè* par « vertu de justice » pour distinguer *dikaiosynè* de *dikè* (terme qu'Aristote va juxtaposer à *dikaiosynè* dans la suite du passage), en sachant qu'Aristote utilise le terme *dikaiosynè* dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* pour signifier la justice en tant que disposition (*hexis*) vertueuse. La suite du passage va préciser l'affirmation selon laquelle la justice est une chose politique, non sans poser quelques difficultés de traduction et d'interprétation. « Car la justice (*hè dikè*[3]) est une mise en ordre (*taxis*) de la communauté politique (*politikè koinônia*), et la justice (*hè* ***dikè***) est une détermination (*krisis*[4]) du juste (*hè de dikè tou* ***dikaiou***

2. E. Barker, P. Pellegrin...

3. Richards remplace *hè dikè* par *to dikaion* (cf. *Politics*, trad. par H. Rackham, Harvard University Press, Loeb Classical Library, p. 12, n. 5).

4. Du verbe *krinein*, qui signifie séparer, distinguer, décider, juger.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 11 folio : 13 — 10/2/011 — 10H27

krisis[5]) ». Traduit ici par « détermination », le mot *krisis* signifie aussi bien « jugement », au sens d'un jugement de procès. Pellegrin traduit ces formules par : « car la justice {introduit} un ordre dans la communauté politique, et la justice démarque le juste {de l'injuste} »[6]. Quelle que soit la traduction que l'on adopte, la difficulté de ce passage réside évidemment dans le sens qu'il faut donner à la notion de *dikè*. Le mot revêt plusieurs sens : coutume ou usage ; droit ; jugement ; procès (et notamment un procès civil, par opposition à un procès public ou *graphè*) ; la peine décidée par le juge[7]. Il semblerait bien qu'Aristote propose ici une définition originale du terme, tout en s'appuyant sur une des acceptions plus habituelles. Il s'agit d'abord de donner au terme une signification élargie, signification qui est étroitement liée à celle qu'il vient de donner à *dikaiosynè* (la justice est une « chose politique ») : *hè dikè* signifie une organisation politique, une organisation politique particulière qui institue et donne corps à des notions du juste et de l'injuste. Ayant proposé cette nouvelle définition, Aristote ajoute que *dikè* est un jugement ou une détermination du juste (*to dikaion*). Il rappelle par là le sens juridique du terme, qui constitue une définition plus traditionnelle. Or, de même qu'un jugement (*krisis*) signifie une détermination particulière du juste au sein d'un régime particulier, la justice, en tant que « chose politique », signifie l'organisation institutionnelle d'une communauté politique particulière. L'ordre juridique s'inscrit dans l'ordre politique constitué préalablement ; le juste juridique découle du juste politique.

Nous pouvons deviner d'emblée un des aspects problématiques ou aporétiques de la notion de justice politique : si, en effet, il s'agit d'avoir des perceptions ou des opinions communes pour constituer une communauté politique, il y aura nécessairement des communautés distinctes, ayant des opinions différentes les unes des autres. Plus précisément, il y aura des conceptions du juste qui seront incompatibles les unes avec les autres, car une communauté dont une partie considère un dispositif *x* comme avantageux et juste et dont une autre partie considère *x* comme nuisible et injuste, ne serait plus une communauté, mais deux communautés distinctes. Or, il ne s'agit pas d'un désaccord portant sur des sujets accessoires mais bien plutôt sur des questions politiques primordiales : qui doit endosser l'autorité et la souveraineté de la cité ? La masse, les riches, les honnêtes gens, l'homme le meilleur... ?

---

5. Pour une formulation quasi identique de la définition de *hè dikè*, cf. *Éthique à Nicomaque* (ci-après *EN*), V, 10 et discussion *infra*.

6. *Pol.* I, 2, p. 93.

7. Cf. *An Intermediate Greek-English Lexicon*, Liddell et Scott, Oxford, Clarendon Press, 1889, 2003, p. 202-203.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 12 folio : 14 — 10/2/011 — 10H27

À qui faut-il distribuer les biens de la cité (les honneurs, les richesses...), et dans quelle proportion ?

Le Socrate de Platon affirme dans le quatrième livre de la *République*[8] qu'il y a dans chaque cité deux cités qui se font la guerre – la cité des riches et la cité des pauvres. À la suite de Platon, Aristote va considérer la question de savoir qui doit être le pouvoir souverain de la cité à travers, notamment, un dialogue conflictuel entre les pauvres et les riches. Si nous avons perdu les dialogues aristotéliciens, nous avons, en revanche, dans le livre III de la *Politique*, un véritable dialogue, du moins en ébauche, entre les « deux cités », entre deux conceptions opposées de la justice politique, celle du grand nombre et celle du petit nombre. Si bien que nous entendons de part et d'autre jurer par Zeus lorsque chaque parti défend sa conception de l'ordre politique juste : d'abord, lorsque les pauvres insistent que ce n'est pas injuste de se partager les biens des riches, « puisque cela a semblé juste à {l'autorité} souveraine », c'est-à-dire à la majorité[9]. Ensuite, lorsque le petit nombre, qui confond richesse et vertu, s'indigne contre l'idée que n'importe quel *dèmos* puisse l'emporter en vertu sur le petit nombre d'hommes vertueux : si n'importe quelle masse peut l'emporter sur le petit nombre, il faudrait dire la même chose des bêtes sauvages, car il n'y a pas de différence pour ainsi dire entre certaines masses et des bêtes sauvages[10] !

Aristote nous présente ainsi deux perceptions opposées, deux *logoi* conflictuels à propos de la signification du juste. Pour les uns, le juste correspond à l'opinion souveraine, dès lors que cette opinion représente la volonté de la majorité. Le principe qui sous-tend cette conception de la justice, c'est l'*égalité arithmétique*. Puisque chacun est l'égal des autres, les décisions du plus grand nombre doivent faire autorité ; l'opinion majoritaire est considérée, par conséquent, comme l'opinion juste. Pour les autres, le juste apparaît comme la reconnaissance de la supériorité, reconnaissance qui se traduit notamment par la distribution des honneurs aux plus méritants. Or, le petit nombre revendique une supériorité de vertu, mais en réalité – Aristote ne manque pas de le relever à plusieurs reprises –, il s'agit le plus souvent d'une supériorité de richesse. C'est pourquoi Aristote parle du « juste oligarchique », et non du « juste aristocratique »[11]. Le principe qui sous-tend la conception oligarchique de la justice, c'est l'inégalité, autrement dit, l'*égalité proportionnelle*. Les oligarques réclament une distribution des honneurs et des richesses

8. Platon, *République*, 423a.

9. *Pol.* III, 10, p. 238.

10. *Pol.* III, 11, p. 241.

11. *Pol.* III, 9, p. 233.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 13 folio : 15 — 10/2/011 — 10H27

qui soit proportionnelle au mérite. Mais Aristote va corriger aussitôt l'opinion oligarchique qui consiste à confondre richesse et mérite politique. De même, il va corriger l'opinion démocratique qui consiste à ériger l'égalité numérique en critère unique du mérite politique.

> « Il est évident que dans le domaine politique il est raisonnable [*eulogôs*] de ne pas revendiquer les magistratures au nom de n'importe quelle supériorité [...], mais qu'il est nécessaire de formuler sa revendication à partir de ce dont la cité est composée. Par suite il est raisonnable que les gens bien nés, les hommes libres [c'est-à-dire le grand nombre], les riches fassent valoir leurs droits aux honneurs publics. Car il faut qu'il y ait dans la cité des gens libres et des gens imposables : une cité ne peut pas plus n'être composée que d'indigents qu'elle ne peut l'être d'esclaves. Mais si ces qualités-là sont indispensables, il est clair que la justice et la vertu guerrière le sont aussi »[12].

Ainsi Aristote donne-t-il partiellement raison aux conceptions partielles de la justice que sont celles des partisans démocrates et oligarchiques. Il considère que, pour les uns comme pour les autres, « le juste c'est une certaine égalité », et il ajoute que « cela s'accorde jusqu'à un certain point avec les traités philosophiques consacrés à l'éthique »[13]. Mais en plaidant en faveur de leurs perceptions respectives du juste, les uns et les autres négligent toute réflexion sur le commun ; or le « bien politique » (*politikon agathon*) est précisément ce qu'Aristote appelle « l'avantage commun » (*to koinè symphe-ron*)[14], c'est-à-dire ce qui permet à la cité tout entière de vivre et de bien vivre (*eu zèn*).

Considérations sur les notions de justice et d'équité dans l'*Éthique à Nicomaque*

Dans le livre III de la *Politique*, Aristote renvoie à deux reprises (chapitres 9 et 12) aux analyses qui se trouvent dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* et, en particulier, à la discussion sur la notion d'égalité proportionnelle. Avant de passer à l'examen de cette notion, il convient de considérer la question introduite au début du livre V concernant la définition de la justice, à savoir,

12. *Pol.* III, 12, p. 248.
13. *Pol.* III, 12, p. 246.
14. *Pol.* III, 12, p. 246.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 14 folio : 16 — 10/2/011 — 10H27

dans quelle mesure la justice coïncide-t-elle avec la *légalité* ? Si l'homme est « le pire de tous les animaux quand il a rompu avec loi et justice », l'obéissance à la loi apparaît comme une condition nécessaire de la justice. Mais en serait-elle la condition suffisante ?

Lorsque, dans le chapitre 2 [15] du livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, Aristote cherche une définition de la justice (*dikaiosynè*) qui soit généralement admise, il tombe sur une définition qui comporte deux éléments, dont le premier consiste à assimiler injustice et illégalité, et le second à assimiler injustice et « inégalité ». Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que la définition de l'*in*justice précède celle de la justice, ce qui suggère que l'injustice est plus facile à reconnaître que la justice. « On considère comme étant injuste [*adikos*] à la fois celui qui viole la loi [*ho paranomos*] et celui qui prend plus que son dû [*ho pleonektès*], c'est-à-dire celui qui manque à l'égalité [*anisos*], de sorte que de toute évidence l'homme juste sera à la fois celui qui observe la loi [*honomimos*] et celui qui respecte l'égalité [*ho isos*] » [16]. Selon l'opinion commune, la justice ne se réduit pas à la seule observance de la loi ; l'homme juste correspond non seulement au *nomimos* mais c'est encore l'homme « qui respecte l'égalité », *ho isos*. Ici il convient de rappeler l'amplitude du mot *isos* ; c'est un terme qui englobe à la fois la notion d'égalité et d'équité, comme l'indique le fait qu'Aristote oppose ce seul terme aux deux termes que sont *anisos* et *pleonektès* (celui qui cherche à obtenir plus que son dû, qui veut avoir toujours plus). Si donc il n'y a pas équivalence entre légalité et justice, c'est parce que se tenir à la stricte légalité semble insuffisant pour produire la justice. Partant de l'opinion démocratique commune qui considère l'*égalité* comme supplétif nécessaire à la légalité, Aristote va introduire la notion d'*équité*, qui apparaît comme supplétif à la légalité tout en se distinguant de l'égalité. Dans le traitement thématique de l'équité, Aristote ne va plus employer le mot *isos* comme c'est le cas lorsqu'il communique l'opinion commune ; il sera plutôt question de l'*epieikès* (l'homme équitable, c'est celui qui, étant caractérisé par une disposition équitable, « ne s'en tient pas rigoureusement à ses droits dans le sens du pire, mais a tendance à prendre moins que son dû, bien qu'il ait la loi de son côté » [17]) et d'*epieikeia* (équité). Or, l'équité n'est pas une disposition à rechercher l'*égal*, mais bien plutôt une disposition à rechercher le *juste* au-delà de la seule légalité.

La discussion sur l'équité n'intervient qu'après le traitement de deux espèces de justice auxquelles elle s'avère supérieure : le juste distributif (*to*

15. J'utilise les divisions de chapitre de Tricot.

16. Trad. de Tricot légèrement modifiée, p. 216.

17. *EN* V, 14, Tricot, p. 268.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 15 folio : 17 — 10/2/011 — 10H27

dianemètikon[18] *dikaion*) et le juste correctif (*to diorthôtikon*). La première espèce de justice se rapporte à la proportion dite géométrique entre le mérite (qui est mesuré selon des critères variables) des personnes et la valeur des choses distribuées et concerne les biens possédés en commun ; la deuxième espèce se rapporte à la proportion dite arithmétique et rétablit l'égalité dans les transactions privées (*synallagmata*). Il s'agit dans cette discussion de problématiser l'idée selon laquelle la justice est synonyme d'égalité. Comme c'était le cas au début du chapitre 2 du livre V, Aristote va entamer son analyse ici (au début du chapitre 6) en rapportant une opinion commune, une *doxa* : « Si donc l'injuste est inégal, le juste est égal, et c'est là sans autre raisonnement [*aneu logou*], une opinion unanime »[19]. Dans les lignes qui suivent, Aristote va interroger cette opinion en examinant la signification de cette équivalence supposée entre « juste » et « égal » :

> « Or l'égal suppose au moins deux termes. Il s'ensuit nécessairement, non seulement que le juste est à la fois moyen, égal, et aussi relatif, c'est-à-dire juste pour certaines personnes, mais aussi qu'en tant que moyen, il est entre certains extrêmes (qui sont le plus et le moins), qu'*en tant qu'égal* il suppose deux choses {qui sont égales}, et qu'*en tant que juste*, il suppose certaines personnes {pour lesquelles il est juste}. Le juste implique donc nécessairement au moins quatre termes : les personnes pour lesquelles il se trouve juste, et qui sont deux, et les choses dans lesquelles il se manifeste, au nombre de deux également. Et ce sera la même égalité pour les personnes et pour les choses : car le rapport qui existe entre ces dernières, à savoir les choses à partager, est aussi celui qui existe entre les personnes »[20].

Apparaît alors clairement l'opposition suivante : l'*égal* suppose au moins deux termes ; le *juste* implique nécessairement au moins quatre termes. Contrairement donc à l'opinion « sans raisonnement » qui tient que le juste est l'égal, Aristote montre qu'il est nécessaire de distinguer le juste de l'égal : le juste *en tant qu'égal* n'est pas simplement le même que le juste *en tant que juste*. L'opinion démocratique « sans raisonnement » sera ainsi corrigée, non pas disqualifiée absolument, mais nuancée et éclairée. En particulier, la notion d'égalité sera complétée par celle de *proportion* (*analogon*).

Tandis que la proportion dite *géométrique* prend en compte les personnes aussi bien que les choses à partager, la proportion dite *arithmétique* ne prend

---

18. Nous suivons avec H. Rackham (trad. citée) le manuscrit Marcianus 213 : « *dianemètikon* » au lieu de « *nemètikon* ».

19. *EN* V, 6, Tricot, p. 226-227.

20. *EN* V, 6, Tricot, p. 227 (nous soulignons).

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 16 folio : 18 — 10/2/011 — 10H27

en compte que les choses à partager. C'est la première espèce de proportion qui correspond à la nécessité *politique* de définir des critères d'égalité (et d'inégalité) afin de déterminer la « juste » distribution des biens, en accord avec le principe (*hypothesis*) du régime. Au final, ce n'est pas la notion de proportion qui suscite controverses et conflits, mais la définition des critères de « mérite » (*axia*) à partir desquels la distribution des parts est effectuée : « Si, en effet, les personnes ne sont pas égales, elles n'auront pas des parts égales ; mais les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes possèdent ou se voient attribuer des parts non égales, ou quand, les personnes n'étant pas égales, leurs parts sont égales. [... Or] tous les hommes reconnaissent, en effet, que la justice dans la distribution [*dianomè*] doit se baser sur un mérite de quelque sorte, bien que tous ne désignent pas le même mérite, les démocrates le faisant consister dans une condition libre, les oligarques, soit dans la richesse, soit dans la naissance, les aristocrates dans la vertu »[21]. Resurgit ici toute la problématique de la justice politique dont il est question dans le livre III de la *Politique*. Car dès lors qu'il s'agit de la distribution de biens possédés en commun et, en particulier, la distribution de magistratures et d'honneurs politiques, le juste consiste en une proportion qui « implique au moins quatre termes », une proportion ou « égalité des rapports »[22] entre les mérites respectifs des personnes et les fonctions et honneurs revendiqués.

Partant de cette réflexion sur la justice dans la distribution, le Stagirite propose un peu plus loin une définition du juste politique (*to politikon dikaion*) : celui-ci existe entre des gens « associés en vue d'une existence qui se suffise à elle-même, associés libres et égaux, d'une égalité soit proportionnelle, soit arithmétique »[23]. Or, il faut comprendre cette référence à l'égalité arithmétique au sens *politique*, c'est-à-dire au sens de la conception égalitaire de la justice qui est caractéristique du régime démocratique. Aussi apparaît-il que même la revendication de la masse des hommes libres, revendication basée sur l'affirmation de l'égalité arithmétique comme seul critère de mérite, relève du juste proportionnel, autrement dit du juste politique. Car il s'agit toujours de mettre en rapport les personnes et les choses, de prendre en considération le critère du mérite politique. Or, l'argumentation aristotélicienne sur le caractère politique de la conception démocratique de la justice se distingue de l'analyse platonicienne. Car, pour Platon, la justice véritablement politique relève d'une proportion entre personnes et honneurs, à l'exclusion du critère

21. *EN* V, 6, trad. de Tricot légèrement modifiée, p. 227-228.

22. *EN* V, 6, Tricot, p. 227-228.

23. *EN* V, 10, trad. de Tricot légèrement modifiée, p. 248.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 17 folio : 19 — 10/2/011 — 10H27

d'égalité numérique[24]. En ce sens, Aristote apparaît plus démocrate que son maître.

À la différence de la justice proprement politique, à savoir la distributive, la justice *corrective* consiste à rétablir l'égalité *arithmétique* (par exemple, en restituant un objet volé ou bien la valeur de l'objet). Émanant du dispositif légal, la justice corrective se caractérise par le traitement égalitaire des justiciables, sans égard au critère de mérite personnel : « la loi n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé, et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis, et l'autre subi, une injustice, ou si l'une a été l'auteur et l'autre la victime d'un dommage »[25]. Manifestation de l'impartialité de la loi, la justice corrective prend en considération les seuls « faits » à l'exclusion d'autres facteurs permettant de distinguer les personnes. En revanche, la justice politique régit le régime (*politeia*) dans son ensemble et vise l'égalité proportionnelle, les revendications politiques se basant sur l'affirmation explicite ou implicite du critère de mérite politiquement pertinent. Comme l'explique Philippe Raynaud, la justice distributive, en prenant en compte « l'éventuelle inégalité des personnes du point de vue de leur apport à la communauté, n'est pas essentiellement *juridique*, mais *politique*, et elle relève de l'institution globale de la cité »[26]. L'existence même de la communauté politique présuppose les notions du juste qui existent indépendamment de toute loi ou convention (*nomos*).

En effet, Aristote va indiquer la primauté du juste politique par rapport à la loi tout en soulignant la proximité entre *nomos* et *dikaion* : « Pour ceux qui ne sont pas libres et égaux {d'une égalité soit proportionnelle, soit arithmé-

24. Selon l'Étranger athénien, « Il y a en effet deux égalités, qui portent le même nom mais en pratique s'opposent presque, sous bien des rapports ; l'une, toute cité et tout législateur arrivent à l'introduire dans les marques d'honneur, celle qui est égale selon la mesure, le poids et le nombre ; il suffit de la réaliser par le sort dans les distributions ; mais l'égalité la plus vraie et la plus excellente n'apparaît pas aussi facilement à tout le monde. Elle suppose le jugement de Zeus et vient rarement au secours des hommes, mais le rare secours qu'elle apporte aux cités ou même aux individus [***idiôtai***] ne leur vaut que des biens ; au plus grand elle attribue davantage, au plus petit, moins, donnant à chacun en proportion de sa nature et, par exemple, aux mérites plus grands, de plus grands honneurs, tandis qu'à ceux qui sont à l'opposé pour la vertu et l'éducation elle dispense leur dû suivant la même règle. Je crois, en effet, que pour nous la justice politique est toujours précisément cela [*to politikonhèmin aei tout' auto to dikaion*] » (Platon, *Lois* VI, 757 b – d, trad. d'Edouard des Places, *Œuvres complètes*, t. XI, Les Belles Lettres, 1975, p. 116-117.) Pour la dernière phrase nous utilisons la traduction de Th. Pangle qui nous semble plus exacte, au lieu de la formulation suivante : « pour nous la politique est toujours précisément cela, la justice en soi ».

25. *EN* V, 7, Tricot, p. 233.

26. Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2008, p. 102.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 18 folio : 20 — 10/2/011 — 10H27

tique}, il n'y a pas dans leurs relations réciproques, justice politique proprement dite, mais seulement une sorte de justice prise en un sens métaphorique. Car le juste [*dikaion*] n'existe qu'entre ceux dont les relations mutuelles sont sanctionnées par la loi [*nomos*], et il n'y a de loi que pour des hommes chez lesquels l'injustice [*adikia*] peut se rencontrer, car la justice est une détermination du juste et de l'injuste [*hè gar dikè krisis tou dikaiou kai tou adikou*] »[27]. De même que dans le premier livre de la *Politique* où figure, nous l'avons vu, une formulation quasi identique de la définition de la justice (*dikè*), le juste apparaît dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* sous son double aspect *politique* et *juridique*, le juste politique englobant le juste légal et juridique, ce dernier étant secondaire par rapport au juste politique. Dire que la loi n'existe que « pour des hommes chez lesquels l'injustice peut se rencontrer », revient à attribuer la priorité existentielle à la justice politique par rapport à la justice légale[28]. C'est dire aussi que la loi n'est nécessaire que pour remédier à l'injustice des hommes, car « quand il a rompu avec loi et justice l'homme est le pire des animaux ». Madison dira dans le même esprit : « *If men were angels, no government would be necessary* »[29].

Remarques sur les figures du juge et de l'arbitre dans l'*Éthique à Nicomaque*, la *Rhétorique* et la *Politique*

Tout en distinguant le juste politique du juste juridique, le Stagirite montre que ce dernier n'est cependant pas totalement étranger à la notion de proportion. Aussi, la justice corrective ne consiste pas simplement à rétablir l'égalité arithmétique, sans égard quelconque aux spécificités des personnes, comme c'est le cas pour la *réciprocité* (*to antipeponthos*). Aristote remarque que celle-ci « ne coïncide ni avec la justice distributive, ni même avec la justice corrective [...], car souvent réciprocité et justice corrective sont en désaccord : par exemple, si un homme investi d'une magistrature a frappé un particulier, il ne doit pas être frappé à son tour, et si un particulier a frappé un magistrat,

27. *EN* V, 10, trad. de Tricot modifiée, p. 248-249. Pour rendre la distinction entre *to dikaion* et *hè dikè* encore plus explicite, Tricot traduit *dikè* par « justice *légale* » ; Rackham traduit *dikè* par « *administration of the law* ». Mais une telle modification du texte occulte l'ambiguïté de la notion de « juste » dans ses dimensions politique et légale, ambiguïté sur laquelle Aristote attire notre attention. En ne modifiant pas le grec, nous sommes conduits à rapprocher les textes de *Politique* I, 2 et de *Éthique à Nicomaque* V, 10 et à en voir la complémentarité.

28. Pour construire sa théorie de la souveraineté étatique, Hobbes rejettera la priorité existentielle de la justice politique par rapport à la justice légale ou conventionnelle.

29. *Fédéraliste*, nº 51.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 19 folio : 21 — 10/2/011 — 10H27

il ne doit pas seulement être frappé, mais recevoir une punition supplémentaire »[30]. La justice corrective doit, en effet, prendre en compte les conditions particulières dans lesquelles un acte a été commis, par exemple en distinguant entre l'acte volontaire et l'acte involontaire[31]. Ainsi, pour que le juge puisse effectivement établir l'égalité[32], la loi doit intégrer un certain nombre de notions qui ne sont pas étrangères à la notion de proportion.

Or, même si la loi est à même de reconnaître certaines distinctions entre cas particuliers, elle n'en demeure pas moins une règle générale qui ne peut prévoir tous les cas particuliers. La justice purement légale est en ce sens imparfaite. Intervient alors la notion clé d'équité (*epieikeia*), notion dont la définition aristotélicienne demeure une référence fondatrice dans la littérature juridique contemporaine portant sur l'équité[33]. Selon la formule célèbre du Stagirite, l'équité est « un correctif de la loi, là où la loi a manqué de statuer à cause de sa généralité »[34]. En tant que correctif de la loi, de ce grâce à quoi l'injustice est corrigée, l'équité est non seulement juste, mais elle est supérieure « à une certaine justice », à savoir le juste légal. Toute loi étant nécessairement l'énoncé d'un principe général, l'équité permet de spécifier la loi dans des cas particuliers, en accord avec le principe de jugement du nomothète qui formula la loi générale. Aristote précise à ce propos que le caractère général ou « absolu » de la loi tient à la nature des choses de l'ordre pratique (« *ta prakta* ») et non à la déficience de la loi ou à l'erreur du législateur. Toute législation est par définition une règle rigide et non une règle souple, tel le décret, qui s'adapte aux circonstances changeantes à la manière de la règle de Lesbos qui « épouse les contours de la pierre ». Dès lors, l'équité apparaît comme un

---

30. *EN* V, 8, 1132 b 21-30 ; trad. de Tricot, p. 238-239. Peut-être qu'Aristote songeait-il au procès intenté par Démosthène à Midias, qui l'avait frappé au théâtre. Comme le rappelle J. de Romilly : « giflé par le riche Midias, alors qu'il était chargé d'une fonction officielle, [Démosthène] a choisi de lui intenter un procès public, considérant que l'offense atteignait la cité et devait être châtiée au nom de tous » (J. de Romilly, *L'élan démocratique dans l'Athènes ancienne*, Paris, Éditions de Fallois, 2005, p. 17). Commentant ce passage de l'*Éthique à Nicomaque*, Thomas d'Aquin distingue entre un dommage portant atteinte à la propriété et un dommage portant atteinte à la personne et, *a fortiori*, à une personne investie d'une charge publique : si l'on porte atteinte à la personne du magistrat, l'on porte, à travers lui, atteinte à la cité et la justice corrective ne doit pas dans ce cas reposer sur le principe de réciprocité, à la différence des cas où il s'agit de dommages simplement matériels (Livre V, Lectio VIII, para. 969).

31. Cf. *EN* V, 8, Tricot, p. 239.

32. Cf. *EN* V, 7, Tricot, p. 234-235.

33. Cf. par exemple Ch. Albiges, « L'équité dans le jugement, Étude de droit privé » in M.-L. Pavia (dir.), *L'équité dans le jugement*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2003, p. 108.

34. *EN* V, 14, Tricot, p. 268.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 20 folio : 22 — 10/2/011 — 10H27

supplément nécessaire à la loi qui permet de pallier les « insuffisances de la loi en se guidant sur elle »[35].

Il convient à présent de s'interroger sur les figures du juge et de l'arbitre, deux figures qui sont pour Aristote comme pour nous indissociables de la justice et de l'équité. Mais force est de constater que ces deux figures sont quelque peu marginales dans les analyses aristotéliciennes de la justice que l'on trouve dans la *Politique* et dans l'*Éthique à Nicomaque*. Dans la *Politique*, nous l'avons vu, la justice est considérée sous l'angle du régime, à partir notamment des conceptions démocratique et oligarchique du juste ; dans l'*Éthique*, la justice est considérée à la fois en tant que disposition éthique, en tant qu'organisation politique globale (c'est le juste politique) et comme un ensemble de dispositifs juridiques (c'est le juste légal). Philippe Raynaud observe à juste titre que le nomothète tient dans la philosophie politique aristotélicienne une place supérieure à celle du juge ; et même si l'équité est considérée comme supérieure au juste légal, « l'analyse de l'équité confirme l'autorité supérieure de la loi »[36]. Il appartient au juge équitable de juger conformément à la loi et de corriger équitablement la loi qui ne s'applique qu'imparfaitement à certains cas particuliers, « en restant fidèle à l'esprit du législateur »[37]. Aussi, « du point de vue politique, la situation du juge reste subordonnée, car la place des tribunaux dépend de la « constitution » globale de la cité et du mode de sélection des juges »[38]. Même si la description du juge dans le livre V de l'*Éthique à Nicomaque* semble exalter son rôle – « Aller devant le juge c'est aller devant la justice, car le juge tend à être comme une justice vivante [*dikaion empsychon*] et on cherche dans un juge un moyen terme [*meson*] ; et dans certains endroits on appelle les juges des médiateurs [*mesidioi*] »[39] – il reste que le rôle du juge, qui consiste à trouver le moyen qui restaure l'égalité, est cantonné à la justice corrective dont le cadre est déterminé en amont par la justice distributive, par l'organisation (*taxis*) architectonique de la communauté politique. Par conséquent, « le juge peut avoir à déterminer si un certain partage est injuste d'après le critère [de mérite] admis, mais ce n'est pas à lui de dire quel est ce critère »[40].

---

35. Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, p. 100. Cf. Marjolaine Fouletier à propos du rôle supplétif de l'équité en droit canonique (M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, 2003, p. 5-6).

36. Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, p. 101.

37. S. Vergnières, *Éthique et politique chez Aristote*, Paris, PUF, 1995, p. 215.

38. Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, p. 101.

39. *EN* V, 7, trad. de Tricot légèrement modifiée, p. 235.

40. Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, p. 102.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 21 folio : 23 — 10/2/011 — 10H27

Les analyses portant sur l'équité ont pour effet de tempérer l'idée selon laquelle le juge serait en lui-même « une justice vivante », le jugement équitable du juge dépendant essentiellement des lois établies par le législateur prudent. À cet égard, il est significatif qu'Aristote ne parle jamais de prudence *dikastique* (judiciaire)[41], mais seulement de prudence *politique* et *nomothétique*[42]. Il convient dès lors de distinguer entre la vertu politique globale qu'est la prudence et la justice du juge dont la portée politique est circonscrite. La justice équitable du juge se présente comme une figure spécifique de la justice telle qu'elle est problématisée dans *Éthique à Nicomaque* V et *Politique* I et III : elle se distingue à la fois de la justice en tant que disposition *éthique* – car il y une équité spécifiquement *juridique* – et de la justice *politique*. Il s'agit bel et bien pour Aristote de distinguer le juste juridique du juste politique, de délimiter un domaine de compétence propre au juge, ce qui conduisit Michel Villey à affirmer que la science du droit est chez Aristote une partie distincte de la science de la justice[43].

Étant donné la distinction aristotélicienne entre droit (*nomos*) et justice (*dikaion*), distinction qui, selon Michel Villey, eut pour résultat de conférer à la science du droit son autonomie, quel est le statut du juge et de l'arbitre en tant qu'ils statuent en équité ? Quel est le ressort propre de l'équité ? S'agit-il d'un sentiment subjectif voire arbitraire (« Dieu nous garde de l'équité des parlements ! ») ou d'un principe objectif ou objectivable ? L'équité peut-elle être une source de principes généraux ou son application est-elle essentiellement individuelle ? Dans quelle mesure les débats contemporains suscités par ces questionnements ont-ils leur racine dans la doctrine aristotélicienne de l'*epieikeia* ?

---

41. Cf. le lexique de H. Bonitz (*Index Aristotelicus*, Graz, Akademische Druck- u. Verlagsanstalt, 1955).

42. « De la prudence appliquée à la cité, une première espèce, en tant qu'elle est architectonique, est législative [*nomothetikè*], l'autre espèce, en tant que portant sur les choses particulières, reçoit le nom, qui lui est d'ailleurs commun avec la précédente, de politique. Cette dernière espèce est pratique et délibérative, puisque tout décret [*psèphisma*] doit être rendu dans une forme strictement individuelle » (*EN* VI, 8, trad. de Tricot légèrement modifiée, p. 293-294). À la suite de Michel Villey, Raynaud évoque la prudence du juge : « l'activité judiciaire relève en grande partie de la prudence et des arts du probable (rhétorique, dialectique)... » (Ph. Raynaud, *Le juge et le philosophe*, p. 99). Selon M. Villey, la prudence est « vertu par excellence du législateur et du juge » ; elle « est « nomothétique », ou « dikastique » – législatrice et judiciaire ; c'est pourquoi les Romains parleront de la *jurisprudence* » (M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, texte établi, révisé et présenté par S. Rials, PUF, Coll. Léviathan, 2003, p. 94). Or, tandis que M. Villey rapproche le nomothétique et le dikastique, Aristote les distingue.

43. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, p. 84.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 22 folio : 24 — 10/2/011 — 10H27

Dans le premier livre de la *Rhétorique*, Aristote suggère que seuls certains actes doivent être jugés selon l'équité. Reprenant du livre V de l'*Éthique à Nicomaque* son analyse concernant le caractère nécessairement général de la loi, il fournit ici un exemple illustrant le genre de cas particulier qui ne pourrait être envisagé par la loi : « par exemple, en défendant de blesser avec le fer, on ne peut préciser la grandeur et la forme de ce fer ; car la vie ne suffirait pas à tout dénombrer. Si le nombre des cas est infini et s'il faut néanmoins légiférer, force est de parler en général ; par conséquent, si l'on porte un anneau de fer lorsqu'on lève la main sur quelqu'un et qu'on le frappe, on tombe sous le coup de la loi écrite et l'on est coupable ; mais selon la vérité, on ne l'est pas, et c'est en cela que consiste l'équitable »[44]. Partant de cet exemple, Aristote distingue les actes commis par erreur ou malchance des délits (*adikèmata*) à proprement parler. Le délit aurait consisté en l'acte accompagné de l'intention de nuire avec l'anneau en fer ; en l'absence de l'intention délibérée et vicieuse, l'acte ne correspond plus à celui défendu expressément par la loi. C'est l'équité, dans son rôle à la fois correcteur et supplétif[45], qui permet de différencier ces deux cas distincts en adaptant le jugement au cas d'espèce. Loin de provenir d'un sentiment subjectif, l'équité aristotélicienne ne se laisse pas influencer par les sentiments ou les passions mais perçoit les faits du cas particulier avec plus d'acuité que la loi, qui érige des principes généraux.

Or, Aristote considère que cette « équité individuelle »[46], où « se mêlent des considérations juridiques et morales »[47], relève davantage du jugement de l'*arbitre* que de celui du juge :

> « Être équitable, c'est être indulgent aux faiblesses humaines ; c'est considérer non la loi, mais le législateur ; non pas la lettre de la loi, mais l'esprit de celui qui l'a faite ; non pas l'action, mais l'intention [*proairesis*] ; non pas la partie, mais le tout ; non ce que le prévenu est actuellement, mais ce qu'il a été toujours ou la plupart du temps. ... C'est

44. *Rhétorique* (ci-après *Rhét.*) I, 13, 1374 a 32-b 1, p. 133 (texte établi et trad. par M. Dufour, Les Belles Lettres, 2003).

45. «... alors que le rôle *correcteur* confère au juge la faculté de tempérer la rigueur d'un texte ou d'un principe, le rôle *supplétif* a pour finalité d'attribuer au juge le pouvoir de suppléer ce texte ou ce principe en raison de circonstances directement liées à l'espèce considérée », Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, p. 273.

46. Ce vocable n'est pas utilisé par le Stagirite ; nous l'empruntons à la littérature contemporaine. À propos de l'« équité individuelle », qui se distingue de l'« équité générale », cf. Ch. Walter, « L'équité en droit constitutionnel allemand », in M.-L. Pavia (dir.), *L'équité dans le jugement*, p. 63-69.

47. *Ibid.*, p. 57.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 23 folio : 25 — 10/2/011 — 10H27

> consentir qu'un différend soit tranché plutôt par la parole que par l'action, préférer s'en remettre à un arbitrage plutôt qu'à un jugement des tribunaux ; car l'arbitre [*diaitètès*] voit l'équité ; le juge [*dikastès*] ne voit que la loi ; l'arbitre n'a, d'ailleurs, été inventé que pour donner force à l'équité »[48].

Si Aristote attire l'attention sur l'équité *arbitrale*, c'est pour renforcer l'idée selon laquelle le rôle propre du juge, à la différence de celui de l'arbitre, consiste à faire respecter la loi établie. La doctrine de l'équité ne le conduit pas à octroyer au juge un quelconque pouvoir de *créer* le droit[49]. Aussi se montre-t-il critique à l'égard du régime proposé par Hippodamos de Milet (*Politique* II, 8) en estimant que celui-ci tend à ébranler l'autorité de la loi en méconnaissant cette distinction entre le juge et l'arbitre et en laissant au juge la même latitude de jugement que l'arbitre[50] : « Quant aux verdicts dans les tribunaux, [Hippodamos] pensait qu'ils ne devaient pas être rendus en déposant un caillou, mais qu'il fallait que chaque juge dépose une tablette sur laquelle il devait écrire la sentence en cas de condamnation pure et simple, qu'il laisserait vierge s'il prononçait un acquittement pur et simple, et, au cas où il condamnerait sur un point et pas sur un autre, il devrait indiquer cette distinction »[51]. Aristote récuse une telle loi qui « fait du juge un arbitre »[52], précisant qu'à la différence d'un arbitrage où les arbitres délibèrent ensemble pour trouver un compromis, les juges ne délibèrent pas ensemble lors d'un procès. Si donc chaque juge donnait son avis quant au verdict (par exemple, le montant d'un dédommagement), le jugement ne serait pas le résultat d'un compromis éclairé, mais permettrait simplement d'exprimer des avis individuels ; un tel système donnerait lieu, en outre, à des jugements confus.

---

48. *Rhét.* I, 13, 1374 b 10-22, p. 133-134.

49. Cf. la discussion de Frédéric Sudre sur la « fonction créatrice » de l'équité en droit communautaire, F. Sudre, « À propos du droit de juger équitablement », in M.-L. Pavia (dir.), *L'équité dans le jugement*, p. 49-52 et notre discussion *infra*.

50. En outre, Aristote critique Hippodamos pour sa proposition d'accorder des honneurs à ceux qui inventeraient quelque chose d'avantageux pour la cité ; il estime que « légiférer en ce sens n'est pas sans péril » et pourrait, en affaiblissant l'autorité de la loi, être la cause de « bouleversements du régime ». Cf. *Pol.* II, 8, p. 176-178.

51. *Pol.* II, 8, p. 173. Pellegrin rappelle qu'à Athènes, les juges ne pouvaient moduler leur verdict mais devaient choisir entre le verdict proposé par l'accusation et celui proposé par la défense. Dans le procès de Socrate, par exemple, les juges furent obligés de choisir entre la mort et nourrir Socrate aux frais de la cité (n. 2, p. 173).

52. *Pol.* II, 8, p. 175.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 24 folio : 26 — 10/2/011 — 10H27

L'équité aristotélicienne, ou sur l'importance de distinguer entre le politique et le juridique

Il semblerait par conséquent qu'Aristote souhaite encadrer l'équité du juge, de sorte que ses jugements restent fidèles aux déterminations prudentes du législateur. À ce propos, il est important de rappeler les dispositifs institutionnels qui influaient sur la capacité de jugement du juge et de l'arbitre respectivement. L'auteur de la *Constitution athénienne* était particulièrement sensible à l'impact des dispositifs institutionnels sur la capacité de rendre justice. En particulier, des différences significatives sont à relever quant au mode de sélection des juges et des arbitres et aux conditions associées à leurs fonctions. Pouvait être juge du tribunal populaire (ou *juré*) tout citoyen âgé de plus de trente ans, à condition de n'être ni débiteur du Trésor public, ni privé de ses privilèges civiques (*atimos*)[53]. Parmi ceux qui se présentaient pour être jurés, 6 000 étaient tirés au sort[54]. Les citoyens athéniens recevaient un salaire de trois oboles pour leur service en tant que juré (ce qui représentait la moitié du salaire que recevait un citoyen prenant part à une réunion ordinaire de l'Assemblée populaire, l'*ekklèsia*)[55]. Comme le rappelle Aristote, ce fut Périclès qui instaura la rémunération des jurés. Malgré son jugement globalement positif sur le stratège, cette décision ne reçoit pas l'approbation du Stagirite, qui considère qu'elle avait conduit à la corruption des jurés et permis, à la longue, l'emprise des démagogues sur la démocratie athénienne[56].

Quant aux arbitres, chargés de régler des litiges de droit privé[57], la condition d'âge était beaucoup plus restrictive que celle s'appliquant aux jurés : seuls les citoyens ayant atteint l'âge de cinquante-neuf ans étaient arbitres. Tandis que le service des jurés était plus un privilège qu'une obligation de la citoyenneté, l'exercice de la fonction arbitrale était un devoir qui s'imposait à tout citoyen remplissant la condition d'âge, sous peine de se voir privé de ses privilèges civiques ; les seules exceptions concernaient ceux qui occupaient

53. Aristote, *Constitution athénienne* (ci-après *Const. ath.*) LXIII, 3.

54. *Ibid.*, XXIV, 3 ; cf. M. H. Hansen, *La démocratie athénienne à l'époque de Démosthène. Structure, principes et idéologie*, Éditions Tallandier, 2009, p. 216.

55. *Const. ath.*, LXII, 2.

56. *Ibid.*, XXVII, 2-5 ; *Pol.* II, 12, p. 199 (Pellegrin).

57. L'arbitrage permettait parfois de régler les conflits entre cités, mais l'arbitre n'avait à sa disposition aucun moyen de contrainte. Selon Glotz, « Le plus souvent les cités en désaccord prenaient pour arbitre, non pas un personnage illustre, mais une tierce cité ou, dans certains cas, le sacerdoce de Delphes » (G. Glotz, *La cité grecque*, Paris, la Renaissance du livre, 1928, p. 311). L'arbitrage international va disparaître du monde grec au IVe siècle et réapparaîtra à l'époque hellénistique (*Ibid.*, p. 312).

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 25 folio : 27 — 10/2/011 — 10H27

déjà une charge politique ou qui se trouvaient à l'étranger[58]. En outre, les arbitres étaient tenus responsables de leurs décisions dans la mesure où ils pouvaient être inculpés pour avoir jugé injustement ; déclaré coupable, l'arbitre perdait ses privilèges civiques (*atimousthai*)[59].

Ainsi, à Athènes, grâce aux règles institutionnelles mises en place pour encadrer sa fonction, l'arbitre apparaît moins intéressé et davantage responsable que le juré ou juge. En outre, la décision arbitrale ainsi que l'acte législatif sont le fruit d'une réflexion plus longuement mûrie que celle du jugement des juges. C'est pourquoi l'arbitre est plus apte que le juge à juger en équité. Si « les lois ne se font qu'après un long examen » et les décisions de l'arbitre bénéficient d'un temps de réflexion adéquat et une délibération collégiale, les jugements du juge « se prononcent séance tenante »[60]. Le temps de réflexion étant réduit dans les tribunaux (*dikastèria*), la loi mûrement réfléchie constitue un guide indispensable dans le jugement. L'autre facteur qui influe sur la fiabilité du jugement – et c'est pour Aristote le facteur « le plus important » –, c'est que le jugement des juges, contrairement à celui du législateur, porte nécessairement sur un *cas particulier*, dont les acteurs, les circonstances et les faits particuliers sont davantage susceptibles d'animer les passions que le *cas général* que traite le législateur. Or, comme le fait remarquer Aristote, la rhétorique judiciaire s'efforce précisément d'émouvoir les passions des juges. Pour limiter l'influence de la manipulation des passions, Aristote prône une adhérence stricte à la loi : « Des lois bien faites doivent, à la vérité, déterminer elles-mêmes autant de cas qu'il se peut, en laisser le moins possible à la décision des juges », car « dans leur appréciation interviennent souvent amitié, haine, intérêt personnel [*to idion sympheron*] ; aussi ne sont-ils plus en état de se faire une idée adéquate de la vérité et leur jugement est-il obnubilé par un sentiment égoïste [*idion*] de plaisir et de peine. Il faut, nous le répétons, abandonner le moins de questions possibles à la décision souveraine du juge »[61].

Tout en consacrant le rôle de l'équité et en reconnaissant ainsi les limites du juste purement légal, Aristote s'efforce de circonscrire le rôle du juge pour empêcher celui-ci de s'éloigner de la loi. En fin de compte, il s'agit moins de remettre en question la moralité des juges que de constater la spécificité des conditions dans lesquelles ils exercent leur fonction par rapport au législateur, d'une part, et à l'arbitre, d'autre part. L'objectivité du juge est mise à rude épreuve par la proximité et la familiarité engendrées inéluctablement par sa

58. *Const. ath.*, LIII, 4-5.

59. L'arbitre pouvait faire appel de la décision. Cf. *Ibid.*, LIII, 6.

60. *Rhét.* I, 1, p. 72.

61. *Rhét.* I, 1, 1354 a 31 sq., p. 72-73.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 26 folio : 28 — 10/2/011 — 10H27

connaissance – nécessaire – du cas particulier dans toute sa particularité. En aucun cas il n'appartient au juge de *légiférer* ; de même, l'équité arbitrale n'est pas destinée à *se substituer* à la prudence nomothétique, mais à réaliser dans les cas d'espèce la véritable intention du législateur.

Or, certaines réflexions contemporaines sur l'équité tendent à voir en elle un principe d'émancipation par rapport à la loi, de sorte que l'équité devienne une source du droit indépendante, voire « auto-organisante ». Citant des passages du livre V de l'*Éthique à Nicomaque*, Marie-Luce Pavia soutient que la doctrine aristotélicienne sur l'équité a pour effet de créer un espace juridique *distinct* de celui de la loi. Selon cette interprétation, le juge acquiert une fonction de « régulation sociale, notamment dans les domaines économiques et sociaux » ; l'horizon du jugement en équité n'est plus la loi mais celui, post-aristotélicien, des droits de l'homme qui est venu remplacer la cosmologie aristotélicienne[62]. L'argument présenté dans l'*Éthique à Nicomaque*, selon lequel l'équité est supérieure au juste légal, est ainsi utilisé pour dépasser la doctrine aristotélicienne de l'équité et pour gommer la distinction entre l'acte *politique* et la décision *juridique*, distinction qui structure toute la pensée aristotélicienne sur le juste et l'équitable. Dès lors, le juge est considéré à la fois comme un « forgeron du droit », émancipé de l'obligation d'adhérer strictement à la loi, et comme l'interprète des pratiques sociales, dont la jurisprudence doit se laisser « pénétrer au changement imposé par la société globale »[63].

Cette présentation du rôle du juge montre clairement à quel point cette interprétation de l'équité dans le jugement est incompatible avec la doctrine aristotélicienne de l'équité. Dès lors que le juge tend à se confondre avec le nomothète, on peut parler d'une *politisation* indue de son rôle : au lieu de *dire le droit* en se remettant à la loi, qui est issue d'un acte politique stricto sensu, le juge *forge le droit* en se référant aux pratiques sociales qui, elles, ne sont précisément pas le fruit d'un acte politique permettant de les inscrire dans la vie politique commune mais relèvent au fond d'une conception individualiste des droits de l'homme. Contrairement à ce que soutient Marie-Luce Pavia, la différence entre une telle conception de l'équité et celle du Stagirite ne tient nullement à la cosmologie aristotélicienne ; ce n'est pas sa cosmologie qui empêche Aristote de découvrir l'existence de droits à la fois individuels et « universels » et d'attribuer à ceux-ci une prééminence absolue, mais bien plutôt sa politique et, en particulier, sa conviction que le politique doit structurer le juridique, que le juste politique est architectonique par rapport

62. M.-L. Pavia, « Remarques méthodologiques autour du retour de l'équité dans le jugement », in M.-L. Pavia (dir.), *L'équité dans le jugement*, p. 156-157.

63. *Ibid.*, p. 162-163.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 27 folio : 29 — 10/2/011 — 10H27

au juste juridique. Ce qui est absent de la conception du juge comme « forgeron », c'est précisément l'architecture politique qui, pour Aristote, englobe le social aussi bien que le juridique et permet l'émergence du commun.

Conformément à la perspective individualiste induite par la doctrine des droits de l'homme, de nombreux débats autour de l'équité ont pour axe central la question de la protection des droits individuels. Ces débats témoignent de la montée en puissance des instances internationales et, en particulier, européennes dans le domaine de la *création prétorienne du droit* sur la base d'une certaine notion d'équité. Lorsqu'elle est conçue comme une norme conventionnelle à part entière, l'équité favorise « la formation de véritables *droits substantiels* » et devient un vecteur d'« *effectivité du droit* »[64]. Ces « droits substantiels » découlent en particulier de la notion d'équité « procédurale » telle que celle-ci est affirmée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme[65]. Aussi la Cour européenne des droits de l'homme estime-t-elle que le droit à un procès équitable ne peut être effectif sans la présence de droits substantiels, à savoir le droit à un tribunal et le droit à l'exécution des décisions de justice. Les décisions en ce sens ont pour effet de conférer à l'équité un statut de créatrice du droit, de sorte qu'elle impose des obligations au législateur (national) : « Qui ne voit, alors, que l'équité à l'œuvre dans la construction de ce droit à un tribunal déborde les strictes limites du droit conventionnel, imposant à l'État l'obligation d'adopter des mesures positives afin de satisfaire l'exigence d'effectivité ? »[66].

De même, une « obligation d'action positive » paraît découler de l'équité dès lors que celle-ci est considérée en tant que principe général exigeant que l'égalité entre individus soit *effective* et non pas purement formelle. Selon cette perspective, produire l'égalité effective oblige de prendre en compte la situation inégale existante (par exemple, entre hommes et femmes) et d'y remédier. Par conséquent, l'égalité stricte énoncée par la loi[67] se voit remise

---

64. F. Sudre, « À propos du droit de juger équitablement », in M.-L. Pavia (dir.), *L'équité dans le jugement*, p. 49-50 (nous soulignons).

65. « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... ».

66. F. Sudre, « À propos du droit de juger équitablement », in M.-L. Pavia (dir.), *L'équité dans le jugement*, p. 50.

67. Cf. le principe d'égalité des citoyens devant la loi, principe qui figure dans les constitutions nationales de nombreuses démocraties libérales.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 28 folio : 30 — 10/2/011 — 10H27

en cause par un principe supérieur, ouvrant la voie à des aménagements spécifiques, sous la forme, notamment, de discriminations positives[68]. Dans le cadre d'une politique de discrimination positive décidée par le juge constitutionnel, politique s'inscrivant sous l'horizon du principe des droits individuels et du « développement de la personnalité humaine »[69], il s'agit non pas de corriger ou de suppléer à la loi suivant les principes sur lesquels elle fut érigée, mais de porter un jugement sur les principes mêmes sous-tendant la loi, jugement qui conduit à ériger d'autres principes à leur place (l'autonomie, la réalisation de soi...). En se basant sur une relecture du principe d'égalité des citoyens devant la loi pour se prononcer sur la question de la discrimination positive, le juge s'autorise à statuer très précisément sur une question fondamentale de justice *politique*, en décidant du critère de la justice *distributive*. Il y a là, selon la perspective aristotélicienne, confusion entre l'acte politique émanant de la décision souveraine de la cité et la décision juridique émanant du jugement du juge. Que ce soit dans son versant *créateur* (de « droits substantiels ») ou dans son versant *positiviste* (imposant aux pouvoirs publics une obligation d'« action positive »), l'équité du juge se voit élevée au-dessus de la prudence du nomothète ; ne se guidant plus sur la loi et sur l'intention du législateur, elle s'émancipe alors du cadre prévu pour elle par Aristote, à savoir, celui construit par l'acte politique qu'est la législation.

Doit-on en conclure que la doctrine aristotélicienne de l'équité exclut que l'on attribue à celle-ci un quelconque statut de principe général ? Ou peut-on déduire de l'équité aristotélicienne certains principes généraux permettant de la théoriser juridiquement, au-delà de ses applications individuelles ? Rien, me semble-t-il, n'empêche de voir en l'équité procédurale une homologie avec l'équité introduite par le Stagirite. De même que l'institution arbitrale athénienne permettait d'encadrer la fonction arbitrale et de responsabiliser l'arbitre jugeant en équité, les garanties prévues par l'équité procédurale (« *procedural fairness* » dans le droit anglais) ont pour effet d'encadrer les décisions de justice en exigeant le respect des principes tels que le respect de délais raisonnables ou l'égalité des armes. Il s'agit dans les deux cas de protections institutionnelles destinées à rendre plus justes les décisions de l'arbitre et du juge. L'on peut également déceler dans le droit privé français l'influence de la conception aristotélicienne de la fonction correctrice de l'équité. La loi relative au divorce du 11 juillet 1975 en fournit un exemple éclairant. En instaurant une indemnité allouée en équité à l'époux « coupa-

68. Cf. M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, p. 160-163.

69. Selon la formule employée par le juge constitutionnel italien, cité par M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, p. 161.

GRP : annuaire JOB : inst-villey DIV : mp_institut-villey p. 29 folio : 31 — 10/2/011 — 10H27

ble »[70], cette loi est destinée à prévenir des décisions de justice qui seraient « manifestement » contraires à l'équité. Dans le même temps, le pouvoir discrétionnaire accordé au juge est étroitement encadré par l'obligation de prendre en compte les deux conditions prévues par la disposition précitée : la durée de la vie commune et la collaboration apportée à la profession de l'autre époux[71]. Aussi l'équité du juge ne verse-t-elle pas dans la subjectivité et dans l'arbitraire, restant ancrée dans le cadre fourni par la loi.

70. « Toutefois, il peut obtenir une indemnité à titre exceptionnel, si, compte tenu de la durée de la vie commune et de la collaboration apportée à la profession de l'autre époux, il apparaît manifestement contraire à l'équité de lui refuser toute compensation pécuniaire à la suite du divorce » (art. 280-1, al. 2).

71. Pour une discussion de cette loi et de la jurisprudence la concernant, cf. Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, p. 176-183.